



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

## **La necesidad de ratificación de la declaración juramentada ante Notario: una crítica al actual valor probatorio del testimonio extraprocesal para fines judiciales\***

Nancy Jannette Montenegro Garzón\*\*

### **Resumen**

La presente investigación tiene como propósito reflexionar en torno a la posibilidad de determinar una manera jurídica de incorporar al proceso civil oral los testimonios extraprocesales rendidos ante notario, practicados sin la intervención de la parte contra quien se aduce, cuando el testigo por razones de fuerza mayor permanente no pueda comparecer a la ratificación de su declaración, partiendo de la hipótesis según la cual es posible que en algunos casos se inaplique la norma que la desarrolla el tema por inconstitucionalidad frente al valor de la justicia. Acorde con ello, en el primer acápite se aborda el tema del valor probatorio que actualmente se le da al testimonio extraprocesal, seguidamente, en el segundo acápite se realiza una crítica frente a este *statu quo* y se propone la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de solución. El valor constitucional de la justicia debe irradiar la interpretación de los principios de contradicción y legalidad del proceso.

**Palabras claves:** Proceso civil, testimonio, ratificación, justicia, notario, excepción de inconstitucionalidad.

---

\* Artículo de reflexión que es requisito para optar por el título de “abogada” que otorga la Universidad Católica de Colombia. Su elaboración fue dirigida por la doctora María Constanza Cascante Chaves.

\*\* Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: [montenegronancy@yahoo.com](mailto:montenegronancy@yahoo.com)

## **Abstract**

The purpose of this research is to reflect on the possibility of determining a legal way of incorporating extra-procedural testimonies rendered before a notary public into the oral civil process, practiced without the intervention of the party against whom it is adduced, when the witness for reasons of force majeure permanent can not appear to the ratification of his statement, starting from the hypothesis according to which it is possible that in some cases the rule that develops the issue by unconstitutionality against the value of justice is inapplicable. Accordingly, the first section addresses the probative value currently given to extraprocessual testimony, then, in the second section, a criticism is made against this status quo and the unconstitutionality exception is proposed as a solution mechanism. The constitutional value of justice should radiate the interpretation of the principles of contradiction and legality of the process.

**Keywords:** Civil process, testimony, rectification, justice, notary, unconstitutionality exception.

## **Sumario:**

Introducción. 1. El valor probatorio del testimonio anticipado en el proceso civil colombiano 1.1. La prueba anticipada. 1.2. La necesidad de ratificación en el proceso civil oral. 1.3. El deber del notario de guardar fe pública y la analogía aplicable a los alcaldes cuando reciben testimonios extraprocesales. 2. La incorporación del testimonio anticipado al proceso civil oral. 2.1. La justicia material como valor orientador del derecho procesal y probatorio. 2.2. La excepción de inconstitucionalidad. Conclusión: la inaplicación de la necesidad de ratificación del

testimonio por vía de la excepción de inconstitucionalidad. Bibliografía.  
Normatividad. Jurisprudencia.

## Introducción

Las pruebas son la columna vertebral de los procedimientos judiciales, por ello, su adecuada incorporación es un tema que genera álgido debate en el plano académico y en el ambiente práctico. En el presente artículo se reflexiona específicamente entorno a la incorporación de los testimonios extrajudiciales, rendidos ante notario o alcalde y practicados sin la presencia de la persona contra quien se aduce, cuando la parte interesada solicita su ratificación en audiencia y el testigo no asiste, conforme a lo preceptuado en los artículos 187, 188 y 222 del Código General del Proceso.

El tema planteado consiste en que, en algunas oportunidades, por ejemplo, ante la muerte del testigo o su secuestro y en todo caso por razones de fuerza mayor permanente, es materialmente imposible la ratificación, frente a lo cual, el legislador propuso como solución, acorde *a priori* con la garantía de la contradicción y la legalidad del proceso -acatamiento de las formas propias de cada juicio-, la no valoración de la prueba si el testigo no asiste a la diligencia, es decir, la consecuencia jurídica es, su exclusión. Esta situación, resulta problemática en la medida en que en algunas oportunidades la declaración rendida ante Notario público o Alcalde reviste una importancia significativa para la solución del conflicto puesto en conocimiento del juez y, acorde a la legislación actual, simplemente no será tomada en cuenta la prueba. Lo cual, a su vez, puede conducir a situaciones injustas. Así las cosas, surge un interrogante práctico, a saber: ¿Cómo se puede incorporar al proceso civil oral el testimonio anticipado cuando la parte contra quien se aduzca solicite la ratificación y el testigo no asista por muerte o secuestro?

En efecto, se busca determinar una manera jurídica de incorporar al proceso civil oral las declaraciones juramentadas ante Notario cuando el testigo por razones de fuerza mayor permanente no pueda comparecer a la ratificación de su testimonio.

Frente a lo anterior, se propone la hipótesis según la cual es posible inaplicar a través de la excepción de inconstitucionalidad la regla de rango legal según la cual “(si) el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor” (Código General del Proceso art. 188 inc. 3). Los argumentos que justifican la misma son, por una parte, que el testimonio extraprocesal es rendido ante una autoridad con la aptitud suficiente para recepcionar la declaración en debida forma y la fe pública que le imprime al autorizar con su firma el documento que lo incorpora, es decir, la credibilidad legal que sistema jurídico le da al manuscrito, de la otra, la prevalencia del valor de la justicia sobre los principios de contradicción y legalidad del proceso y, consecuentemente, respecto a la regla de rango legal que exige su ratificación so pena de exclusión.

El método empleado para sostener esta hipótesis es el descriptivo-reflexivo-sistemático, consistente en la exposición del *statu quo* normativo vigente en torno al tema elegido y su análisis a la luz del ordenamiento jurídico visto en su integridad, especialmente, a la luz de postulados constitucionales y jurisprudenciales. Así las cosas, se desarrollan dos acápites; en el primero, se establece el marco normativo y doctrinario en el que se da la ratificación del testimonio, seguidamente, en el segundo, se elabora una crítica de estas normas atendiendo al ejemplo de una situación en concreto (la imposibilidad material de comparecencia del testigo) y posteriormente se expone una propuesta para su incorporación.

## **1. El valor probatorio del testimonio anticipado en el proceso civil colombiano**

La presente investigación, como se manifestó con anterioridad, responde a una necesidad en el ejercicio del derecho en Colombia, a saber; determinar una manera jurídica para incorporar al proceso civil oral las declaraciones juramentadas ante

notario cuando el testigo por razones de fuerza mayor permanente no pueda comparecer a la ratificación de su testimonio. Acorde con ello, es menester exponer detalladamente el estado de la cuestión analizada atendiendo a la normatividad vigente, poniendo de presente las características de rendir una declaración ante notario, las cuales elevan su valor probatorio y la posibilidad que exista analogía en los testimonios recepcionados por los alcaldes. Lo anterior, se abordará en las líneas siguientes.

### **1.1. La prueba anticipada**

La prueba es un elemento fundamental dentro del procedimiento judicial. En efecto, si el proceso busca solucionar de manera definitiva los conflictos que se presentan en las relaciones humanas-jurídicas<sup>1</sup>, generalmente a través de una sentencia que contenga una decisión expresa respecto a cómo proceder para dirimir el problema, emitida por una autoridad -v. gr. juez-, revestida de obligatoriedad y cuyo cumplimiento puede exigirse mediante el empleo de la fuerza y, correlativamente, su incumplimiento genera sanciones<sup>2</sup>, las pruebas son los motores que impulsan el proceso y, a su vez, respaldan la decisión del juez. En este sentido, el jurista italiano Piero Calamandrei (1957) aseveró que “la prueba (...) se dirige a suscitar en la mente del juez una imagen, una representación de la

---

<sup>1</sup> No todas las relaciones humanas tienen una connotación jurídica, es decir, no todas incumben al derecho; por lo tanto, no todos los conflictos que se generen en ellas son susceptibles de resolverse en un proceso judicial. En este sentido, “(...) el Derecho “recoge” una relación de vida, la “valora” como importante para el orden social (...); después la “integra” en el supuesto de hecho de una o varias normas (...) y finalmente, le “atribuye” consecuencias jurídicas que, en su caso, podrán ser exigidas coactivamente. Así, la relación humana queda convertida en relación jurídica. Aquellas otras relaciones de vida que no hayan sido recogidas por el legislador quedan fuera del campo del Derecho, sometidas a otras normas o preceptos de tipo moral, religioso o de convencionalismos sociales” (Olaso & Casal, 2007, pág. 243). Dicho de otra manera, solamente se podrán tramitar en un proceso judicial aquellas relaciones definidas en el derecho sustantivo -por ejemplo, en el Código Civil, en el Código Sustantivo del Trabajo, en el Código Contencioso Administrativo, etc.-.

<sup>2</sup> La doctrina sugiere que los elementos definitorios de la sentencia judicial son; (1.) su emisión por parte de una autoridad o poder público, (2.) su carácter obligatorio y (3.) la posibilidad de exigir su cumplimiento mediante el empleo de la fuerza y de imponer sanciones ante su incumplimiento (Larraz, 1994).

existencia o del modo de ser de hechos concretos, esto es, de sucesos singulares de la vida, que han tenido existencia en el tiempo y en el espacio” (pág. 378). Por lo tanto, las pruebas impulsan el proceso pues las partes se deben apoyar en ellas para demandar y contestar la demanda, a su vez, respaldan la decisión del operador jurídico por cuanto el mismo falla teniendo en su mente una representación de los hechos que comúnmente se encuadra en un supuesto y una consecuencia contenida en la norma.

Al tratarse de un instrumento importante para la solución definitiva y jurídica de los conflictos humanos, es apenas lógico que el derecho positivo defina cuales son los medios de prueba, cuando deben ser valorados por el juez y en qué momentos del proceso deben ser presentadas por las partes y ser practicadas por parte del juzgador. De ello se encarga el Derecho Probatorio. Al respecto:

(...) (este campo del conocimiento jurídico) viene a constituir en gran medida la columna vertebral y/o la razón de ser del proceso, pues no podemos olvidar que es a través de la sentencia, en donde el juez reconoce o no, el derecho sustantivo reclamado por el actor o demandante y para lo cual el, el juez, se vale de todas las pruebas, regular y oportunamente allegadas al proceso (Escobar, 2012, pág. 215).

Como se observa en la cita precedente, en el ramo del Derecho Probatorio, las pruebas valorables por parte del juez se deben incorporar al proceso de manera regular y oportuna, pues ello garantiza el debido proceso. Justamente, la Constitución Política reconoce en su artículo 29 que a toda persona que se encuentre incurso en un proceso judicial o administrativo se le debe garantizar la posibilidad de “presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra», así las cosas, la incorporación de las mismas tiene unas formalidades y un momento, con lo cual se busca no sorprender a la parte que afectan desproveyéndola de prepararse para controvertirla (Borja, 2003). En definitiva, en



los distintos códigos procesales se establece el momento en que se incorporan y se solicitan las pruebas.

En este sentido, en el proceso civil actual la prueba se solicita y se aporta en la demanda, así se preceptúa en el numeral sexto del artículo 82 del Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) y el numeral tercero del artículo 84 del mismo Compendio, referentes a la petición de las pruebas y la aportación de los documentos que se pretendan hacer valer como requisito de la demanda<sup>3</sup>. De lo anterior, se deduce que la actividad probatoria en el proceso civil ostenta varias etapas, las cuales van desde su solicitud con la demanda hasta su práctica en el juicio.

La primera etapa de la actividad probatoria se compone de varios actos procesales. Para los efectos de esta investigación se señalan los cuatro primeros: (1.) la obtención o producción de la prueba, (2.) la petición, (3.) proposición y (4.) la presentación (Echandia, 1994; Morales, 1985; Betancur, 1998). Los mismos, son abordados seguidamente.

La (1.) *obtención de la prueba* incluye todos los actos procesales para poner el instrumento probatorio a disposición del juez (Echandia, 1994), es decir, la recaudación de la misma, la preparación y el embalaje. A diferencia del proceso penal acusatorio, en el cual la Fiscalía por conducto del Estado tiene el deber de recaudar todas las pruebas, solicitar su práctica en la audiencia de formulación de

---

<sup>3</sup> Las mencionadas normas preceptúan: “Artículo 82. *Requisitos de la demanda*. Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: (...) 6. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicaciones de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte (...) Artículo 84. *Anexos de la demanda*. A la demanda debe acompañarse: (...) 3. Las pruebas extraprocesales y los documentos que se pretenda hacer valer y se encuentren en poder del demandante”.

acusación y presentarlas en la audiencia de juicio (Bernal & Montealegre, 2013), aun cuando la víctima decida asumir el papel de acusador privado<sup>4</sup>, en el proceso civil actual al momento de presentarse la demanda el litigante en representación de su cliente debe intentar allegar la mayor cantidad de pruebas, de manera que al juez sólo se le soliciten las cuales ineludiblemente requieran su intervención, ya sea porque materialmente se encuentren en poder de otra persona o porque su práctica así lo designa -por ejemplo, la inspección ocular es una prueba en sí misma, pero la misma no se puede allegar al proceso con la demanda sino que requiere la presencia *ex propriis sensibus*<sup>5</sup> del operador judicial que la valorara- (Bejarano, 2016). A diferencia de la legislación anterior -v. gr. el Código de Procedimiento Civil (D. 1400/1970)-, actualmente el papel del abogado es mucho más marcado en lo que refiere a las pruebas, pues ya no basta con su solicitud, sino que se requiere su recaudación y aportación. Véase, por ejemplo, el procedimiento de tacha de falsedad en el cual hoy por hoy el dictamen pericial grafológico no se solicita al juez sino se aporta junto con la tacha<sup>6</sup>.

Seguidamente, la parte se encarga de la (2.) *petición* y (3.) *proposición de la prueba*, es decir, de determinar o señalar en la demanda las pruebas que pretende

---

<sup>4</sup> Recientemente, la Ley 1826 de 2017 “Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”, introdujo al Código de Procedimiento Penal (L. 906 de 2004) la figura del acusador privado, definido normativamente como “(...) aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado” (L. 1826 de 2017, art. 27; L. 906 de 2004, art. 549). Es decir, se trata de un individuo particular que fungirá ante los jueces como lo hacían los fiscales antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley (2017, junio 12).

<sup>5</sup> La locución latina *ex propriis sensibus* se traduce al castellano como “por sus propios sentidos” y se refiere a que los fenómenos sociales y naturales que son percibidos por los sentidos tienen una apreciación bajo la categoría de verdad (Bustamante, 2012).

<sup>6</sup> El artículo 227 del Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) establece que la parte que pretende valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas o, enunciarlo y presentarlo dentro de los diez (10) días siguientes. Por su parte, el artículo 269 del mismo Compendio señala que un documento podrá tacharse de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, -por ejemplo, cuando es un documento aportado con la contestación de la demanda- en el curso de la audiencia que ordene tenerlo como prueba. En cuanto a su trámite, el artículo 270 del mencionado Código señala que la parte deberá manifestar en que consiste la falsedad y pedir las pruebas para su demostración. De lo anterior, se desliga que cuando se presenta la tacha de falsedad debe acompañarse del dictamen pericial.

hacer valer y la solicitud de decreto de estas y las que no se puedan allegar como anexo del libelo demandatorio (Morales, 1985). Como se verifica en las anteriores líneas, se trata de una simple identificación y solicitud para que sean tenidas en cuenta las pruebas aportadas y las requeridas en la demanda; por ello, se trabajan aquí como un solo momento, aunque en puridad de verdad son instantes diferentes, pues en el primero se solicita y en el segundo se argumenta su conducencia, pertinencia y necesidad. Posteriormente, se da la (4.) *presentación de la prueba*, esto es, su aducción para que sea tenida en cuenta (Betancur, 1998). Es correcto afirmar que en la actual legislación estas etapas, tan marcadas en la doctrina previa a la expedición del Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) -publicado el 12 de julio de 2012-, generalmente se funden en un mismo momento procesal; la presentación de la demanda.

Uno de los medios de prueba autorizados por el artículo 165 del Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) es el testimonio. Testigo, de las voces latinas *testis* –cabeza- y testimonio –atestación-, es toda persona natural, hábil o capaz, diferente de las partes del proceso, llamada a informar lo que sabe con fines probatorios; quien presencia o adquiere el conocimiento directo de algo o la cosa con la que se infiere el conocimiento de un hecho (Cañon, 2009). También se entiende como testigo, según el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española - RAE-, 2017), cualquier cosa, aunque sea inanimada, por la cual se arguye o se infiere la verdad de un hecho. Empero, jurídicamente, por lo menos en la actualidad, testigo “es la persona que se encuentra presente en el momento en que se realiza el hecho” (Mittermaier, 1993, pág. 253), es decir, solamente se considera a un individuo -sujeto de la especie humana- como capaz de testimoniar.

En la práctica, el testigo adquiere importancia sólo cuando habla o refiere lo visto (Echandia, 1994). Según la doctrina, “el testimonio es, pues, un acto humano

dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo” (Carnelutti, 1982, pág. 138). Así las cosas, el testimonio es la atestación, aseveración, afirmación, relato, narración o descripción, positiva o negativa y oral que el sujeto hace de los hechos o circunstancias que presenció, mediante explicación suficiente de las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que observó lo que relata, lo cual comunica una persona o cosa ante el juez, en virtud de la percepción sensorial del testigo -*ex propriis sensibus*-, relacionadas en forma directa con los hechos afirmados o negados dentro del proceso. En el mismo sentido:

Testigo. Son las personas que relatan un hecho caído bajo su percepción, o hechos que han caído bajo su percepción, o hechos que han caído directamente bajo la acción de los sentidos. Se ha dicho que los testigos son los ojos y los oídos de la justicia: con ello se quiere dar a entender que las percepciones visuales desempeñan el papel principal del testimonio. La declaración de un testigo, proporciona una reconstrucción más o menos completa de un hecho pasado por medio de una serie de afirmaciones cuyo grado probable de seriedad, de sinceridad y de cordura, ya sea en bloque o tomadas una a una, habremos de determinar mediante el análisis crítico (Dellepiane, 1994, pág. 826).

Conforme a las observaciones referidas en torno a la dinámica actual del Derecho Procesal colombiano, las partes están facultadas para documentar el testimonio anticipadamente, ante Notario público o Alcalde. Sin embargo, este requiere su ratificación oral ante el juez. Esta situación, vista desde una perspectiva crítica, puede conducir a injusticias cuando el testigo por casos de fuerza mayor permanente –v. gr. muerte o secuestro- no pueda asistir a la diligencia, pues el juez no está autorizado por la norma para valorar este documento como prueba fidedigna del hecho.

## **1.2. La necesidad de ratificación del testimonio anticipado en el proceso civil oral**

El artículo 187 del Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) establece que “Quien pretenda aducir en un proceso el testimonio de una persona podrá pedir que se le reciba declaración anticipada con o sin citación de la contraparte”. Seguidamente, el artículo 188 preceptúa:

Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales *podrán recibirse por una o ambas* y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, *también podrán practicarse ante notario o alcalde.*

A os (Sic, los) testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. *Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor* (cursiva agregada).

Respecto a esta norma, es pertinente anotar dos observaciones; por una parte, la literalidad del primer inciso carece de claridad y congruentemente genera una incertidumbre jurídica que puede resultar en una difícil incorporación del testimonio al proceso civil, de la otra, en el inciso tercero se observa un yerro gramatical que hoy por hoy no ha sido corregido. Frente a la primera observación, ciertamente el artículo 188 asevera que los testimonios anticipados podrán recibirse “por una o ambas” sin aclarar que sujetos se refiere. Así mismo, que cuando se utilizan “para fines judiciales o no judiciales (...) se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración” sin esclarecer a cuál de estos dos aspectos se refiere, es decir, si se debe dejar constancia que se rinde para servir en un proceso judicial ó que se rinde bajo la gravedad del juramento.

Frente a ello, en sana lógica, la norma se relaciona con los sujetos procesales y se debería dejar constancia tanto que el documento se realiza con el propósito de ser empleado en un proceso, así como que su contenido se entiende declarado bajo la gravedad del juramento, con la explicación de las consecuencias del mismo. Ello por cuanto el testigo tiene derecho a conocer el propósito de su declaración y las consecuencias penales de faltar a la verdad en una actuación ante autoridad judicial o administrativa.

Empero, para quienes se desempeñan como litigantes, estás imprecisiones de la norma pueden resultar en una difícil incorporación de los testimonios. En efecto, la contraparte se puede fundar en ellos para alegar la inobservancia de los requisitos legales para la constitución de la prueba, lo cual, en términos de estrategia, puede resultar válido, máxime ante una jurisdicción en la cual las formas son estrictas.

Ahora bien, en el inciso tercero se observa un error en la digitación del texto que no ha sido corregido pese a que el Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) lleva cinco años de expedición y tres de implementación total<sup>7</sup>. Al respecto, la Ley Sobre el Régimen Político y Municipal (L. 4 de 1913), asevera en su artículo 45 que “(los) *yerros caligráficos* o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y *deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador*” (Cursiva agregada). En lo que refiere a la mencionada norma, la Corte Constitucional sostuvo:

---

<sup>7</sup> El Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) fue publicado el 12 de julio de 2012 y entro en vigor en su totalidad el primero (01) de enero de 2014 (art. 627 núm. 6).

(...) i) la expedición de los decretos de yerros se encuentra comprendida y circunscrita a las facultades administrativas del Presidente de la República; ii) la Corte Constitucional no es competente para revisar los decretos que el Presidente de la República haya expedido en desarrollo de sus facultades administrativas ordinarias salvo en circunstancias excepcionales precisadas en la jurisprudencia; y adicionalmente como lo establece el artículo 241-4 de la Constitución iii) la Corte Constitucional es competente para conocer de la constitucionalidad de las leyes y Códigos expedidos por el Congreso tanto por vicios formales como por vicios materiales, se pasa a revisar los artículos demandados y aquellos que han sido integrados en la revisión de constitucionalidad, en lo que hace referencia a su sanción y promulgación (Corte Constitucional, C-925 de 2005, M. Cepeda, Consideración 6.1.).

Quiere decir lo anterior, que corresponde al Presidente de la Republica expedir un decreto en ejercicio de sus facultades administrativas ordinarias en el cual se corrija el yerro caligráfico o error de digitación que se mencionó anteriormente. Este decreto, en gracia de discusión, por su naturaleza, no está sujeto a control de constitucionalidad previo o automático, ni posterior –a través del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad- por parte de la Corte Constitucional, ni es susceptible de analizarse por parte del Consejo de Estado - mediante la acción pública de nulidad- (Corte Constitucional, C-178 de 2007, M. Cepeda) (Universidad de Antioquia - Facultad de Derecho, 2017). Como se infiere, este decreto es de baja complejidad, es decir, puede ser expedido por la autoridad sin necesidad de mayor motivación, empero, a la fecha no se ha dado la corrección.

Volviendo al tema central, el interesado en aducir como prueba en un futuro proceso judicial un testimonio podrá documentar su contenido en una declaración juramentada del testigo ante notario o alcalde. Sin embargo, el valor probatorio de este documento, es decir, su capacidad para respaldar o verificar los hechos (Lluch, 2012), está supeditado a la ratificación del testigo. En lo pertinente, el artículo 222 del Código General del Proceso (L.1564 de 2012) cita:

Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso. Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, *siempre que esta lo solicite*.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, *sin permitir que el testigo lea su declaración anterior* (cursiva agregada).

Así las cosas, la norma indica que sólo se requiere la ratificación del testimonio cuando la contraparte lo solicite y que en la diligencia al testigo no podrá leer su declaración. Cabe aclarar, que tal como lo menciona el artículo 188, si el testigo no asiste a la audiencia, el testimonio no tendrá ningún valor probatorio. Los efectos y consecuencias de la inasistencia del testigo están referidos en el artículo 218 del Estatuto Procesal. El operador jurídico puede prescindir del testimonio, ordenar la conducción del testigo e imponer multas.

El Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) guarda silencio frente a la medida que se tomará cuando el testigo no asista por muerte o por encontrarse en una imposibilidad de asistir como por secuestro. Frente a esta situación surge un interrogante práctico ¿Cómo se puede incorporar al proceso civil oral el testimonio anticipado cuando la parte contra quién se aduzca solicite la ratificación y el testigo no asista por muerte o secuestro?

Conviene aclarar esta pregunta. *A priori*, la documentación anticipada del testimonio, conforme al inciso tercero del artículo 188 del Código General del Proceso (L. 1564 de 2012), no tiene un efecto práctico, pues si no se ratifica no sirve para respaldar o verificar los hechos. Ello puede indudablemente estar en contra del valor constitucional de la justicia y en contravía del principio de la dignidad humana. Al respecto, se interroga cual sería el medio legal para incorporar este testimonio



sin la presencia del testigo y, congruentemente, que sea tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia.

La hipótesis que se propone es la inaplicación del inciso tercero del artículo 188 del Código General del Proceso (L. 1564 de 2012) por vía de la excepción de inconstitucionalidad, en situaciones concretas en las que el seguimiento de esta norma conduzca a un acto injusto. Lo cual, a su vez, es un presagio de la necesidad que el legislador desarrolle la norma.

### **1.3. El deber del notario de guardar fe pública y la analogía aplicable a los alcaldes cuando reciben testimonios extraprocesales**

Uno de los argumentos que justifican la hipótesis propuesta, es decir, uno de los postulados por los cuales es posible prescindir de la ratificación del testimonio extraprocesal rendido ante el notario mediante la excepción de inconstitucionalidad, es el deber que el funcionario que recibe el testimonio ostenta de guardar fe pública; por mandato legal y, aplicable analógicamente, al alcalde. Al respecto, resulta imperioso destacar que el Decreto 1557 de 1989 “Por el cual se autoriza a los notarios para recibir declaraciones con fines extraprocesales”, determina que estas tendrán el mismo alcance que las rendidas ante el Juez civil, de manera pues que, al tener idéntico valor, el legislador parte de la base que el funcionario que la recepciona reviste las mismas calidades del juez.

Se busca recalcar que la versión de los hechos es rendida ante una autoridad con las aptitudes suficientes para recepcionarla, quien previamente debe informar al testigo las implicaciones legales de rendir una declaración bajo la gravedad del juramento y, a su vez, que la misma autoriza con su firma, un documento que con

*exactitud* describe lo que ve, oye o percibe por sus sentidos, por lo tanto, debe tener validez suficiente ante los estrados judiciales, ateniéndose su valoración a lo registrado y autorizado, conforme a criterios de pertinencia, conducencia y necesidad.

El Estatuto de Notariado (D. 960 de 1970), establece en su artículo tercero, que compete a los notarios “(recibir), extender y autorizar las declaraciones que conforme a las Leyes requieran escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieran revestir de esta solemnidad”. Por recepción, extensión, otorgamiento y autorización, conforme a la definición contenida en el mismo compendio normativo, se entiende:

La recepción consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el Notario los interesados; la extensión es la versión escrita de lo declarado; el otorgamiento es el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido; y la autorización es la fe que imprime el Notario a este, en vista que se han llenado los requisitos pertinentes, y que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados (D.960 de 1970, art. 14).

La Superintendencia de Notariado y Registro (2014), en respuesta a derecho de petición en consulta, expone que por la recepción se entiende el momento en el cual el notario recibe la declaración, resaltando que el fedatario tiene el deber de escuchar la misma, teniendo en cuenta que pueden existir casos en los que sea necesario que el otorgante aporte documentos y relate antecedentes. A partir de este momento, “el notario adquiere la *facultad de interprete*, orientada a obtener la verdadera voluntad de las partes” (Cursiva agregada) (Superintendencia de Notariado y Registro, 2014, pág. 3). Por otro lado, la extensión es el momento en el cual se elabora con claridad y precisión el instrumento que debe contener estipulaciones relativas a los derechos constituidos, transmitidos, modificados o

extinguidos, el alcance de los mismos y de las obligaciones que los declarantes asuman; de ser necesario, el fedatario sirve de asesor jurídico para incluir los requisitos del negocio o acto jurídico que deseen celebrar, teniendo a su vez presente que puede presentarse el evento en que los interesados presenten al notario una minuta con el acto que se va a celebrar, la cual debe ser revisada por este.

Entre tanto, el otorgamiento, entendido como ratificación formal del consentimiento, está descrito por el Estatuto Notarial (D. 960 de 1970 arts. 35-39), implica el momento de comparecencia de los intervinientes, que deben leer el documento o solicitar al notario que lo lea en voz alta. Con este acto, se pretende garantizar que los otorgantes conozcan lo que firman, por lo cual es el momento para aclarar, modificar o corregir lo pertinente hasta estar conformes con lo contenido en el texto y suscribirlo. Transcurridas los anteriores momentos, el trámite finaliza con la autorización del documento, en donde el Notario, luego de verificar que consigne lo declarado y aprobado por las partes, cumpla con los requisitos legales necesarios y que se hayan presentado los respectivos comprobantes fiscales y de pago de los derechos notariales, firma en muestra de la fe que le imprime al instrumento (Superintendencia de Notariado y Registro, 2014). Una vez firmado, el documento adquiere efectos ante terceros pues jurídicamente *existe*.

Ahora bien, frente a la posibilidad que los notarios practiquen testimonios extraprocesales contemplada en el artículo 188 del Código General del Proceso se aplican analógicamente los conceptos de recepción, extensión, otorgamiento y autorización anteriormente analizados. En efecto, si bien es cierto que el Estatuto Notarial (D. 960 de 1970) no regula o desarrolla la práctica de testimonios extraprocesales, por analogía -entendida por esta la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que solo difieren de las

que, si lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, esto es, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la razón de ser de la norma (Corte Constitucional. C.083 de 1995, C. Gaviria- se aplica la normatividad relativa a la recepción de declaraciones tendientes a constituir instrumentos públicos. Es decir, se infiere que el notario es interprete, asesor, redactor, corrector y fedatario en la práctica de testimonios extraprocesales.

Es interprete, pues -como se anotó anteriormente- al momento de recibir el testimonio busca encontrar el verdadero sentido de lo que manifiestan los declarantes. Asesor y redactor pues orienta a los testigos declarantes la manera de plasmar de manera más clara y concisa la versión que tienen de los hechos. Corrector en la medida en que, si el testigo desea cambiar alguna palabra de su testimonio escrito el Notario, en tanto es guarda de la fe pública, procederá a corregir el documento para adecuarlo al deseo del declarante quien será quien asuma las consecuencias jurídicas de su testimonio. Y, finalmente, fedatario pues dará fe pública que lo plasmado en el documento que autoriza con su firma se ajusta a lo expresado por los testigos.

De estas consideraciones, a parecer de la autora, la más relevante es la condición del notario de fedatario, es decir, de dador de fe pública pues en puridad de verdad ello se asimila a que el funcionario asegura al conglomerado social que oyó y percibió a través de sus sentidos lo plasmado en el documento que se aporta ante el juez. Ello no se traduce en que lo declarado sea la verdad irrefragable, sino que realmente expresa la voluntad del declarante, es decir, su testimonio. Respecto al documento en el cual consta el testimonio la doctrina ha reflexionado:

Un documento es, en sí mismo, una representación. Un hecho, vale decir, un simple acaecimiento de la vida, [que] se produce en presencia del funcionario. Si su deber

lo impone, él lo representa, es decir, lo reconstruye mediante un relato escrito destinado a reproducir ese hecho para quienes están ausentes de él por razón de tiempo o por razón del lugar. (...) Pero en toda representación, una vez diferenciados el hecho y el documento, el motivo y el relato que lo reproduce, penetran nuevos elementos que no constituyen rigurosamente verdad, sino voluntad. La versión taquigráfica o la grabación mecánica de un discurso reproducen la actividad del orador al expresar lo que su oración encierra; pero no significan la verdad de los conceptos. El funcionario o el aparato registrador recogen la actividad, pero no la verdad; o, en el mejor de los casos, la verdad de la actividad. Admitir la verdad de todo cuanto un funcionario público ha escrito configuraría algo más que su autoridad: significaría su infalibilidad. (...) De la misma manera, cuando el agente policial levanta un acta del accidente de tránsito que ha podido percibir, se limita a reproducir, con mucha rusticidad en los medios técnicos, algo que han podido apreciar sus sentidos. Su acta no representa la verdad del hecho, sino la verdad de su percepción. La ley admite como se verá, la validez de algunas circunstancias inherentes a esa representación. Pero en ningún momento ha considerado sinónimo de verdad toda aseveración del funcionario. (...) La fe pública recae, en determinadas condiciones, sobre la aseveración de la realidad (p. ej., la realidad del otorgamiento del instrumento, o la realidad de su fecha), pero no recae, en modo alguno, sobre todo el contenido del documento. La fe pública de la escritura no recae sobre la voluntad manifestada en ella, sino sobre la manifestación de la voluntad (Couture, 1954, pág. 26).

Así las cosas, la fe pública que le imparte el notario al testimonio declarado no es sinónimo de la aceptación de la verdad del mismo. En gracia de discusión, puede considerarse sinónimo de verdad en la representación de determinados extremos, es decir, la verdad de cada testigo o su afirmación respecto a la misma. Sin embargo, esa verdad sería una *representación de representaciones* (Carnelutti, 1982). El escribano, al autorizar o certificar, representa lo que le ha dicho el otorgante; empero, esto, a su vez, es solo una representación de lo que el otorgante sabe. Esta verdad queda sometida a las impugnaciones de falsedad y simulación.

La fe pública<sup>8</sup>, como lo esboza Lafferriere (2008), no es la convicción o creencia del espíritu en lo que no percibe, sino la necesidad de carácter jurídico que obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, se crea o no en ellos. No se trata de impartir un dogma, esto es el carácter de verdad indiscutible, sobre el contenido de la declaración testimonial rendida por la persona sino que la misma fue percibida tal y como quedó plasmada por el notario, sin añadiduras o recortes y ajustada a la literalidad de lo manifestado. De manera que, en sentido propio, su valoración en caso que no sea posible su ratificación debe ajustarse a lo plasmado por escrito y no debe dejarse de valorar por parte del operador judicial.

El legislador al otorgarle la facultad a los alcaldes de recepcionar los testimonios y autorizar su contenido con su firma les atribuye por analogía el deber de guardar fe pública a los alcaldes. Este tema es susceptible de abordarse en otro estudio detallado. Sin embargo, sea suficiente con reiterar que, al cumplir la misma función frente a los testimonios extraprocesales, el alcalde se convierte en análogo del notario.

## **2. La incorporación del testimonio anticipado al proceso civil oral**

La prueba, de manera general y conforme a las nuevas tendencias del Derecho Procesal, debe ser incorporada al proceso junto con la demanda, cuando se actúa como demandante, o junto con la contestación de la misma, cuando se funge como

---

<sup>8</sup> Fe es, por definición, “la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública”. Etimológicamente deriva de *fides*; indirectamente del griego *peitheio*, “yo persuado” (Carnelutti, 1982, pág. 17). Cuando se le agrega el sufijo público, se le añade la condición de notoria, patente, es decir, “que lo conocen o saben todos [pues, publico] (...) etimológicamente significa del pueblo” (Lafferriere, 2008, pág. 216). Entonces, la fe pública del notario es la creencia notoria o manifiesta que legalmente se le da al documento autorizado por el funcionario. No se trata de la verdad en cuanto a su contenido sino que la afirmación plasmada fue percibida sensorialmente por el notario.

demandado, salvo cuando su práctica necesariamente requiera la intervención del juez -v. gr. ejemplo de la inspección ocular anteriormente expuesto-. Ello permite la eficiencia en el proceso, tan anhelada ante la congestión de los despachos judiciales, sin embargo, no se traduce necesariamente en la eficacia del mismo<sup>9</sup>, aunque sí es lo pretendido. Esta incorporación formal, es decir, de acuerdo con la legislación vigente se abordó en el anterior acápite. Es el momento entonces de realizar una crítica respecto al *statu quo* y proponer una fórmula jurídica que permita omitir en determinados casos (cuando sea necesario) el mismo, para el logro de una autentica justicia.

Se pretende ahora demostrar que la necesidad de rectificar el testimonio cuando la contraparte lo solicite, en los casos en que el testigo no se encuentre por circunstancias como la muerte, el abandono del país o el secuestro se eleva como un tropiezo para la justicia material y que, para remediar esta situación, es posible que el operador jurídico aplique la excepción de inconstitucionalidad. De lo propio se encargarán las líneas que siguen.

## **2.1. La justicia material como valor orientador del Derecho Procesal y Probatorio**

La ratificación del testimonio extraprocesal, cuando ha sido practicado sin la presencia de la parte contra la cual se aduce, *so pena* que pierda su valor para que el operador jurídico funde en él una sentencia con la cual se resuelva un conflicto humano-jurídico puesto en su conocimiento, aunque propugna por las garantías de

---

<sup>9</sup> La eficiencia es la “(capacidad) de disponer (...) de algo para conseguir un efecto determinado” (Real Academia Española -RAE-, 2017). Como sostiene la doctrina, se da cuando se utilizan menos recursos para obtener un resultado (Escobar, 2012). Por su parte, la eficacia es la “(capacidad) de lograr el efecto que se desea o se espera” (Real Academia Española -RAE-, 2017). En definitiva, la eficiencia y la eficacia podrían conjugarse jurídicamente, en el sentido de lo trabajado, cuando con el menor desgaste procesal se logre la garantía del derecho sustancial y en ultimas la justicia.

los derechos que le asisten a la parte contra quien se emplee la prueba, puede resultar en un tropiezo para el logro de la justicia material, o dicho de otra manera, para la realización del acto justo que restablezca el orden perturbado. Los argumentos a favor de esto, aunque tienen soportes teóricos son principalmente prácticos, es decir, surgen de la actividad de los jueces. Podrían proponerse múltiples ejemplos diseñados desde la imaginación, no obstante, se reducirá a solo uno de ellos fundado un caso real sucedido en vigencia del Código General del Proceso (L.1564 de 2012). Seguidamente se relatará el mismo.

Piénsese, por ejemplo, en un proceso de divorcio por la causal primera del artículo 154 del Código Civil, esto es, “las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges” tramitado ante un Juez de Familia -por categoría del nivel del Circuito-.

A su vez, por algún motivo desconocido el tercero -es decir, la persona con la cual se cometió el adulterio- previamente realizó una declaración juramentada o testimonio extraprocesal sin la participación del cónyuge culpable -es decir, el infiel- en la cual describe las circunstancias de hecho en las cuales participó en la configuración de la causal.

Ya en el proceso, la parte contra quien se adujo la prueba decidió no presentarse al proceso y por lo tanto no fue posible confrontar el contradictorio, a la vez que el testigo decidió no asistir a la diligencia de juicio, la cual, al tenor de la ley procesal debe asistir, no obstante haber aportado su declaración por escrito ante notario. La parte demandada, representada por un *curador ad litem*, solicita al juez la ratificación del testimonio y, ante la inasistencia del testigo, el juez decreta que el testimonio no tiene valor con fundamento en el artículo 222 del Código General del Proceso.

La parte demandante, no cuenta con más elementos de prueba más que los testimonios de un par de personas que no presenciaron las relaciones sexuales extramatrimoniales -pues son circunstancias de habitación o puerta cerrada- sino



que saben que las personas mantenían una relación de tipo afectivo. A su vez, al momento de trabarse la *litis* no habían transcurrido dos años y por lo tanto no se podía alegar otra causal ni reformar la demanda. Por lo anterior, el operador jurídico decidió negar la pretensión de divorcio, absteniéndose de declarar en costas al demandante ante la percepción que no se actuó de mala fe al intentar la causal, y, en su lugar, mantuvo los efectos del matrimonio. A juicio del demandante, este fallo muestra un desconocimiento del ordenamiento legal por parte del operador judicial, pues la causal debe interpretarse a la luz de otras normas civiles como las relativas a los deberes de los cónyuges y en especial el deber de guardarse fe o de fidelidad (Código Civil art. 176), del cual se desprendería, que la infidelidad moral es suficiente para que se configure la causal de relaciones sexuales extramatrimoniales. Esto, por cuanto, la única prueba de los mismos son los testimonios de los intervinientes en los actos; frente al cual, la parte contra la que se aduce, no está obligada a declarar contra sí mismo a la luz del debido proceso (Constitución Política art. 29). Por lo tanto, se interpuso el recurso de apelación para que resolviera el superior jerárquico funcional, esto es, el Tribunal Superior del Distrito en su Sala de Familia.

Aunque pareciera ilógico que el se repitiera la posición del *a quo* los magistrados del Tribunal Superior del Distrito, en tanto *ad quem*, no concedieron el recurso argumentando la no conformación del contradictorio y por lo tanto la impertinencia de la prueba, sugiriendo la nueva interposición de la demanda por otra causal -la referente a los dos años de separación de hecho-. En definitiva, un proceso que tarda a lo largo de un año y medio es desechado atendiendo a una formalidad procesal y en garantía de los principios de legalidad del proceso y de confrontación de la prueba. El motivo, estrategias de los litigantes para forzar al cónyuge inocente a conciliar sobre los bienes habidos, en virtud de la vigencia de la sociedad conyugal, con el cónyuge culpable. Surgiendo así la pregunta ¿es esto justo? O

dicho de otra manera ¿es esto acorde al valor de la justicia contemplado en el preámbulo constitucional?

El lector podrá pensar que ante la cantidad de detalles con los que cuenta el ejemplo, es una creación bien elaborada en la imaginación de la autora. Empero, resulta ser un caso real que se presentó en vigencia del Código General del Proceso (L. 1564 de 2012). Por motivos de reserva de la identidad de las partes del proceso se obviará el radicado del expediente, no obstante, son muchos los casos similares a este. Sin lugar a duda, es un conflicto en la interpretación que se le da al Derecho Probatorio.

El Derecho Procesal y el Derecho Probatorio, entendido el primero como el género y el segundo como su especie, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, han sido interpretados desde tres perspectivas, a saber: (1) la integradora o constitucional; (2) la de la racionalidad administrativa, y; (3) la de la internacionalización del sistema jurídico. Conviene abordar cada una de ellas.

En primer lugar, el proceso se ha examinado a luz de preceptos constitucionales que lo orientan y que le dan una coherencia al ordenamiento jurídico del cual hace parte. Esta integración del Derecho Procesal colombiano dentro de un sistema de normas se fundamenta en la idea según la cual la Constitución es la encargada de desarrollar los alcances de los axiomas procesales, lo cual genera un impacto de regularización de los mínimos deberes y derechos procesales que deben exigirse y garantizarse (Giacomette, 2014). Esta concepción exige repensar el Derecho Procesal a la luz de los valores, los principios y las reglas constitucionales; en efecto, el derecho no es un conjunto de compartimientos separados entre sí, sino “una telaraña en que no sólo debe haber *coherencia horizontal* (frente a normas del mismo rango jurídico), sino también *fundamentación vertical* (entre normas de rango inferior y aquellas de rango superior)” (Giacomette, 2014, pág. 175). En este sentido,

expreso Robert Alexy (1997) que “la expansión del contenido de los derechos fundamentales (...) ha implicado una constitucionalización material del orden jurídico” (pág. 208). La telaraña que conforma el derecho es guiada por el espíritu que el constituyente incorporó en la norma fundamental, el cual es perceptible en los valores, principios y reglas de rango superior, los cuales, aunque difieren en su grado de concreción, es decir, en su aptitud para responder a casos concretos, dan una pauta interpretativa para entender cómo aplicar cada norma concreta.

En segundo lugar, la tendencia de la racionalidad administrativa, la cual, a partir de la noción tradicional según la cual el Estado debe garantizar y asegurar los mínimos que la Constitución establece para regular el proceso en cuanto tal, con miras a cumplir los fines para los que se constituye, propugna por el desarrollo del proceso en tiempos cortos, lo cual implica, la abstinencia de practicar procedimientos y pruebas que no se consideren de si necesarios para resolver la *litis* y evitar los medios de prueba que resulten repetitivos o afines a probar un hecho que fácilmente se puede demostrar con otro (Escobar, 2012). Como sostiene Giacomette (2014) esta tendencia puede ser concurrente con la integradora o constitucional, pues la garantía de los derechos adquiere su sentido en la eficiencia de los medios procesales para resolver un conflicto en el que se debata un derecho, en lapsos breves que motiven a las personas a resolver sus conflictos mediante el derecho y abstenerse de tomar vías de hecho que generen nuevos conflictos. Empero, también es cierto, que esta racionalidad puede resultar en una contravía para la garantía del debido proceso, pues es posible que se sacrifique la búsqueda de la verdad por la solución temprana de un conflicto mediante la emisión de una sentencia definitiva. Piénsese, por ejemplo, en los casos en los que el legislador desprovee un asunto de la garantía de la segunda instancia -esto es, de la posibilidad de interponer el recurso de apelación-, atendiendo a racionalizar los procedimientos y evitar la congestión de los despachos judiciales. Aunque se logra una solución definitiva del litigio se deja desprovista a la parte interesada que acuda

ante otro operador jurídico para que evalué la situación ante la apreciación de un error en la decisión del *a quo*.

Y en tercer lugar, existe una tendencia a la interpretación del Derecho Procesal y del Derecho Probatorio desde el bloque de constitucionalidad; orientación que puede denominarse internacionalista del sistema jurídico. Al respecto, es menester destacar que el artículo 93 de la Constitución Política establece que los tratados y convenios internacionales reconocidos por Colombia, en materia de reconocimiento derechos humanos y prohibición de su limitación en estados de excepción, prevalecerán en el orden interno. La Corte Constitucional, en tanto guarda de este texto normativo, sostuvo: “(para) que las disposiciones de un tratado internacional ratificado por Colombia, formen parte del bloque de constitucionalidad, es necesario el cumplimiento de dos requisitos, a saber: deben reconocer un derecho humano y dicho derecho no debe ser susceptible de limitación en los estados de excepción” (Corte Constitucional, C-774 de 2001, R. Escobar). Cumplidos estos requisitos, tal y como lo refiere el Alto Tribunal constitucional en la sentencia T-568 de 1999 (C. Gaviria), las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad ostentan jerarquía constitucional por cuanto jurídicamente están situadas a la altura de la Constitución y forman con el texto de la misma un conjunto de rango igual, siendo los tratados internacionales así reconocidos verdaderas fuentes de derecho.

El problema planteado en la presente investigación puede observarse desde cada una de las perspectivas anteriormente anotadas, no obstante, acorde con la hipótesis propuesta será analizado a la luz de la idea de constitucionalización del Derecho Procesal. En efecto, desde la tendencia constitucional existen valores y principios que orientan la interpretación de la necesidad de ratificación del testimonio cuando la parte interesada -a quien afecta- lo emplee. Uno de ellos, es el valor de la justicia, contenido en el Preámbulo de la Norma Fundamental, y otro el principio del debido proceso, del cual hace parte de la garantía de la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, es decir, la *legalidad* del proceso,

preceptuado en el artículo 29 inciso segundo de la Constitución. La diferencia entre un valor y un principio -naturaleza de las normas constitucionales analizadas- es de concreción, es decir, de aptitud para resolver un caso en concreto, sin embargo, ambos están jerarquizados, orientado los valores la interpretación de los principios (Dworkin, 2002). Al respecto:

R. Dworkin distingue, como se sabe, “fines”, “principios” y “reglas”. Por lo que se refiere a las “reglas”, su idea coincide con la común en la doctrina (según la cual contienen disposiciones específicas que tipifican supuestos de hecho con sus correspondientes consecuencias jurídicas). En cambio, por “fines” entiende no sólo valores, sino también, en general, mandatos a los poderes públicos (*policies*), con el inconveniente, a mi juicio, pueden trabarse los valores con las reglas de atribución competencial. Por ello creo más conveniente utilizar los términos “valores” y “principios”, en lugar de “fines” y “principios”. Los valores son “fines”, por supuesto, pero no toda cláusula que enuncia fines (que establece programas) es por sí sola una cláusula de valor, sino, muchas veces, una cláusula *al servicio* de un valor. En cuanto a los “principios”, (...) los concibe como estándares o cláusulas genéricas que enuncian “modos de ser del derecho”, es decir, que reflejan la dimensión jurídica de la moralidad. A diferencia de las reglas, que se aplican o no se aplican a un caso, los principios ofrecen argumentos para decir, pero no obligan, por sí mismos, a la adopción de una única decisión. Los principios, a su vez, se enlazan unos con otros, de suerte que un mismo principio más genérico puede ir concretando en otros específicos o derivados (Aragón, 1989, págs. 47,48).

Acorde con esto, en el caso propuesto, se juxtaponen una regla, un principio y un valor. Por una parte, se tienen dos reglas de rango legal que establecen que la parte contra quien se aduce un testimonio practicado sin su intervención podrá solicitar la ratificación del testimonio y que si el testigo no asiste a la audiencia de ratificación el testimonio no tendrá valor (L. 1564 de 2012, arts. 188, 222). Por la relación de las dos normas se tendrá desde ahora como una sola regla; los testimonios extraprocesales practicados sin la intervención de la parte contra quien se aduce son susceptibles de ratificación de la cual depende la validez al testimonio. De la otra, un principio de rango constitucional, el debido proceso, que se compone a su vez de dos principios a su servicio, uno que establece que el proceso se debe

tramitar legalidad -esto es, con las formas propias del juicio establecidas por el legislador- y otro que señala que se debe garantizar el debate y la contradicción de las pruebas (Constitución Política, art. 29). Finalmente, un valor que orienta la actividad estatal, la justicia, contenido en el Preámbulo constitucional y, en definitiva, el propósito del derecho en cuanto arte, entendida desde la tradición romana con el aforismo de Ulpiano según el cual es “dar a cada uno lo suyo” (Gallego, 2005, pág. 32). En el orden propuesto en este momento -v. gr. regla, principio, valor- la regla es la norma más concreta para resolver un conflicto, no obstante, esta no se puede aplicar sino en armonía con los principios y, a su vez, los anteriores, se deben interpretar a la luz de un solo valor; la justicia.

Lo anterior implica, que en los escenarios judiciales *a priori* se debe aplicar la ratificación del testimonio propuesta, sin embargo, *a posteriori* ello debe darse a la luz de los principios de legalidad del proceso -formas propias de cada juicio- y contradicción y del valor de la justicia. Entre la regla y el principio no existe discusión; en efecto, es claro que la ratificación busca garantizar a la parte contra la que se aduzca el testimonio la contradicción de la prueba y que ello es una forma propia del juicio pues el legislador lo estableció en el Código General del Proceso (L. 1564 de 2012). Empero, entre estas reglas y principios si existe una confrontación con el valor de la justicia, según la cual, en tanto valor, es un fin del Estado sin el cual perdería totalmente sentido el aparato jurídico y político.

## **2.2. La excepción de inconstitucionalidad**

La excepción de inconstitucionalidad se trata de una prerrogativa otorgada por el constituyente a los operadores del derecho -llámese juez, legislador o autoridad administrativa- para inaplicar una norma de rango legal en determinados casos cuando resulte contraria a los textos constitucionales. Al respecto, el artículo cuarto de la Constitución Política preceptúa que: “La Constitución es norma de normas. En

todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)”. La Corte Constitucional se ha manifestado frente a la misma en los siguientes términos:

La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no puede dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política (Corte Constitucional, SU132 de 2013, A. Julio).

Como lo asevera Quinche (2015), la excepción de inconstitucionalidad se configura cuando en la solución a un caso concreto concurren dos soluciones divergentes, una extraída de una norma de rango legal y otra derivada de la Constitución o una norma de su rango -por ejemplo, del bloque de constitucionalidad-, debiendo el funcionario inaplicar la ley, para aplicar directamente las normas constitucionales. La norma de rango legal no es declarada inexecutable, sino que tan sencillamente se deja de aplicar, por resultar inconstitucional en un caso en concreto. La Corte Constitucional se ha pronunciado frente a ella de la siguiente manera:

[Se trata] de una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no puede dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales (Corte Constitucional, T-507 de 2016, A. Rojas).

Así las cosas, como tal, es una manera de ejercer control concreto de constitucionalidad. Si se tiene en cuenta que el sistema de control constitucional acogido en Colombia es mismo, en el sentido que comparte características de los sistemas concentrados (es decir, de aquellos en los que el control de constitucionalidad es ejercido por un único órgano, en el caso de Colombia por la Corte Constitucional) y de los sistemas difusos de control (es decir, de aquellos en los que el control puede ser ejercido por cualquier órgano de la jurisdicción, como acontece con el caso de la acción de tutela), en este sentido, es una de las modalidades de control difuso de constitucionalidad.

En Colombia, este control, no es una innovación de la Constitución Política de 1991. Ello, por cuanto fue dispuesto en el artículo 215 de la Constitución Nacional de 1886, que incorporó el artículo cuarto del Acto Legislativo Núm. 3 de 1910; esa antiquísima formula contrasta fuertemente con su falta de aplicación, pues en la práctica los operadores jurídicos no ejercieron control constitucional debido a temor, cierto o infundado, de ser acusados por prevaricato (Quinche, 2015). La norma establecía “(en) todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

Ahora bien, el valor de la justicia al hacer parte íntegra de la Constitución, pues al estar contenido en el Preámbulo de la Norma Superior, da cuenta del sentido político y jurídico que el pueblo le imprimió a la formulación de la Norma de Normas; a cuya realización se dirige y por ello hace parte de ésta como sistema normativo, por lo tanto, ostenta efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción y constituye parámetro de control en los procesos de constitucionalidad<sup>10</sup> (Corte Constitucional, 477 de 2005, J. Córdoba), por lo tanto,

---

<sup>10</sup> Según la Corte Constitucional, “esto es comprensible pues carecería de sentido que una fórmula política y jurídica tan densa de contenidos como la advertida en el Preámbulo, no estuviera llamada



atendiendo a la jerarquía entre los valores y los principios y a las notaciones realizadas respecto de ellos, relativas a que ostentan el mismo rango normativo pero distinto grado de concreción para resolver un caso, siendo el valor la luz que ilumina la interpretación de los principios, deben entenderse que inaplicar la necesidad de ratificación no violenta el derecho al debido proceso sino que, en algunos casos -como el expuesto-concreta una reclamación de justicia.

### **Conclusión: La inaplicación de la necesidad de ratificación del testimonio por vía de la excepción de inconstitucionalidad**

La hipótesis propuesta al inicio de la presente investigación fue convalidada en cuanto a los argumentos teóricos propuestos. Justamente, la excepción de inconstitucionalidad puede ser inaplicada por parte del operador judicial frente a la orden de excluir el testimonio extraprocesal cuando el testigo no asista a la audiencia de ratificación por razones de fuerza mayor permanente y, en gracia de discusión, la parte interesada puede solicitar esta inaplicación, no por vía de acción o recurso, pero si a través de argumentos dentro de sus alegatos, es decir, es posible que lo ponga a consideración del juez.

Lo anterior, partiendo de la base que el testimonio es rendido ante un funcionario que tiene el deber legal de guardar fe pública, quien interpreta, asesora, documenta, corrige y autoriza con su firma, una declaración frente a la cual no debe existir duda frente a su contenido, no obstante que no haya sido recepcionada en garantía plena de la contradicción de la parte contra quien se emplea. De manera que, el operador judicial y la parte a quien afecta debe, atender al tenor literal de lo documentado en la declaración verbal o escrita presentada ante Notario o Alcalde en la que se aseguró bajo juramento la existencia de determinados hechos y, por lo

---

a tener implicaciones en los ejercicios de poder subordinados a la teleología en ella señalada" (Corte Constitucional, 477 de 2005, J. Córdoba).

tanto, debe debatirla no a través de la exclusión, sino de argumentos y pruebas que la desvirtúen. En todo caso, el juez debe valorarla pues fue allegada al proceso atendiendo a la dinámica actual del Derecho Procesal tendiente a dar celeridad a los asuntos o, lo que es lo mismo, tramitarlos de una manera más eficiente sin necesidad de reducir su eficacia.

A su vez, teniendo presente que la justicia es un valor constitucional que irradia la interpretación de los principios del mismo rango que se buscan garantizar con la exclusión del testimonio extraprocesal, practicado sin la presencia de la parte contra quien se aduce, ante notario o alcalde, estos son, la contradicción y la legalidad del proceso. De todas formas, esta propuesta depende de la situación en concreto del caso y aunque se comparte la generalidad en la cual el testigo no comparece por razones de fuerza mayor permanente, debe ser evaluada conforme a los criterios de conducencia, pertinencia y necesidad propios del Derecho Probatorio.

## Bibliografía

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aragón, M. (1989). *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos.
- Bejarano, R. (2016). *Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil. Cuadro comparativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J., & Montealegre, E. (2013). *Fundamentos constitucionales y teoría general del proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betancur, C. (1998). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Señal Editorial.
- Borja, M. (2003). *La prueba en el derecho colombiano [Tomo Núm. 1]*. Bucaramanga: Editorial UNAB.
- Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Obtenido de Google Books:  
<https://books.google.com.co/books?id=HY1bAAAAQBAJ&pg=PT146&dq=ex+propriis+sensibus&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiduaWGoLXXAhWE7YMKHQ3YBM8Q6AEIJDA#v=onepage&q&f=false>
- Calamandrei, P. (1957). *Estudios sobre el proceso*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Cañon, P. (2009). *La práctica de la prueba judicial*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil*. Madrid: Depalma.
- Couture, E. (1954). *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del Derecho Notarial*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.
- Dellepiane, A. (1994). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Temis.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Echandia, H. (1994). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Jurídica Dike.
- Escobar, J. (2012). *Manual de teoría general del proceso*. Ibagué: Universidad de Ibagué.
- Gallego, E. (2005). *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid: Dykinson.
- Giacomette, A. (2014). Algunos apuntes sobre los principios que orientan el Derecho Probatorio. En M. Vásquez, *Temas actuales de Derecho Procesal y administración de justicia. Estudios críticos y comentarios al Código General*

*del Proceso* (págs. 173-204). Barranquilla: Universidad del Norte & Grupo Editorial Ibañez.

Lafferriere, A. (2008). *Curso de Derecho Notarial: anotaciones efectuadas durante el curso de especialización en Derecho Notarial*. Nogoyá (Prov. Entre Ríos): FCJS-UNL.

Larrain, H. (1994). *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lluch, X. (2012). *Derecho Probatorio*. Madrid: J.M. Bosch Editor.

López, D. (2010). *Las fuentes del argumento*. Bogotá: Legis.

Mittermaier, C. (1993). *Tratado de la prueba en materia criminal*. México: Hammurabi.

Morales, H. (1985). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Editorial ABC.

Olaso, L., & Casal, J. (2007). *Curso de introducción al derecho. Introducción a la teoría general del derecho [Tomo Núm. 2]*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Quinche, M. (2015). *La acción de inconstitucionalidad*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Real Academia Española -RAE-. (2017). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de Edición del tricentenario: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

Superintendencia de Notariado y Registro. (2014). *Consulta 1012 ante la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro*. Obtenido de ER-012460-CN-005 Recepción, extensión, otorgamiento y autorización de escrituras - Prestación del servicio notarial fuera de la sede de la notaria: <https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/Normatividad2014/conceptos/consulta1012de2014.pdf>

Universidad de Antioquia - Facultad de Derecho. (15 de 11 de 2017). *Formación ciudadana y constitucional*. Obtenido de Modalidades de control constitucional en Colombia: <http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/modalidad.html>

## Normatividad<sup>11</sup>

Constitución Política de Colombia. Publicada en Gaceta Constitucional Núm. 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Ley 84 de 1873. Código Civil. Publicado en el Diario Oficial Núm. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial Núm. 48.489 de 12 de julio de 2012. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Publicada en el Diario Oficial Núm. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)

Ley 1826 de 2017. Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. Publicada en el Diario Oficial Núm. 50.114 de 12 de enero de 2017. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1826\\_2017.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1826_2017.html)

Ley 4 de 1913. Sobre régimen político y municipal. Dada el cinco (05) de noviembre de 1912. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8426>

Decreto 960 de 1970. Por el cual se expide el Estatuto del Notariado. Publicada en el Diario Oficial Núm. 33.118 del cinco (05) de agosto de 1970. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0960\\_1970.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0960_1970.html)

Decreto 1557 de 1989. Por el cual se autoriza a los notarios para recibir declaraciones con fines extraprocesales. Publicado en el Diario Oficial Núm. 38.899 del 14 de julio de 1989. Disponible en: <http://www.notaria3bga.com/top/pdf/DECRETO%201557%20DE%201989.pdf>

---

<sup>11</sup> De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 46 de la Ley Sobre el Régimen Político y Municipal (L. 4 de 1913) “Las leyes se citan por su número, el año en que se expidieron y la materia que tratan. Los códigos pueden citarse por su solo título”. Así las cosas, ante la aparente imposibilidad de emplear las formas APA en la citación de la Ley, se recurre a la manera híbrida que se emplea a continuación; número, materia que tratan, diario oficial de publicación y lugar de donde se extracta.

## Jurisprudencia<sup>12</sup>

### Corte Constitucional

- Corte Constitucional, C-925/2005, M. Cepeda. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-925-05.htm>
- Corte Constitucional, C-178/2007, M. Cepeda. Disponible en: [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-178-07.htm#\\_ftn249](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-178-07.htm#_ftn249)
- Corte Constitucional, C.083/1995, C. Gaviria. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>
- Corte Constitucional, C-774/2001, R. Escobar. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>
- Corte Constitucional, T-568/1999, C. Gaviria. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm>
- Corte Constitucional, SU132/2013, A. Julio. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU132-13.htm>+
- Corte Constitucional, T-507/2016, A. Rojas. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-507-16.htm>
- Corte Constitucional, 477/2005, J. Córdoba. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-477-05.htm>

---

<sup>12</sup> Dado que las Normas APA no refieren la manera de citar la jurisprudencia doméstica, en la presente investigación se emplea la propuesta de Diego López (2010) añadiendo el lugar de donde se extrae la correspondiente sentencia.